(4

RAGIONI

PER

Il Dottor Andrea Tavaſsi

CONTRO

D. Filippo delli Franci.

Il Signor D. Franceſco Maria Perrelli dignissimo Giudice Commeſsario.

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

Calamaro Attuario.
De Nigris Scrivano.

J. M. J.

SE bene D. Filippo delli Franci con varie ſclamazioni ha cercato di far apprendere per ſtrana, e capriccioſa l'inibizione fattali dalla G. C. della Vicaria ad iſtanza del quond. Franceſco Tavaſſi, e ſucceſſivamente dal Dottor Andrea ſuo figlio, di non poter fabricare nel proprio ſuo ſuolo, e renderſi la ſua caſa ſita nella Terra di Palma a ſtato più comodo, ed aggiato per la ſua fameglia, e per ſtravagante l'iſtanza del medeſimo Dottor Andrea, con la quale ha domandato dichiararſi nulla, invalida, inſoſſiſtente, ed animoſa la relazione per queſto affare d'ordine del Degniſſimo Giudice Sign. D. Franceſco Maria Perrelli Commeſſario, formata dal Tavolario Giovanni Papa. Per parte però del detto Dottor Andrea ſi ſpera di dimoſtrar chiaramente, e con evidenza, non ſolo la giuſtizia, con la quale fù inibita la fabrica nel tempo che potea D. Filippo in altro luogo più proprio farſi tutte quelle ſtanze, che ſtimava neceſſarie per il maggior comodo non già della propia famiglia, ma dell' intiero ſuo parentado, ſenza apportare, ed inferire il minimo pregiudizio allo ſtabile ſpecioſo del detto Dottor Andrea, ma anche additando le chiare contradizzioni, che ſi leggono nella detta relazione, di far con evidenza conoſcere alli Signori della Gran Corte l'inſoſſiſtenza delle ragioni arreeate dal

Tavolario in prova del suo parere; tanto che non solo devesi giudicare la detta sua relazione nulla, invalida, e di nessuno vigore, ma anche per le medesime ragioni in quella espressate ordinar si debba la demolizione del muro con manifesti attentati elevato, e confermarsi l'inibizione fatta di non poter D. Filippo fabricare.

E' da saperfi dunque, che nel 1728. essendo venuto in penziero a D. Filippo delli Franci di aggiungere altre stanze alla sua casa, che contigua alla casa palaziata del quondam Francesco Tavassi, ed oggi del Dottor Andrea suo figlio, possiede nella Terra di Palma, al solo, e semplice disegno delle pedamenta conoscendo il detto quondam Francesco, che veniva D. Filippo a servirsi del proprio privato suo muro, e che non solo veniva a privarlo della servitù attiva, che da' tempi antichissimi così li Signori d'Aquino, antichi padroni della sua casa, come lui successore di quelli avea goduto di riguardare nel proprio cortile di D. Filippo, mà anche ad oscurarli tutte le stanze del quarto grande, e similmente lo privava della nobile veduta del Monte Vesuvio, della libera respirazione dell'aere, e de' venti salutari; n'ebbe perciò subito ricorso dal fù Giudice di Vicaria D. Sebastiano di Tomaso, dal quale ottenne provisioni ordinantino, che i Fabricatori avessero desistito sotto pena di carcerazione, e che la Corte locale, così avesse osservato, e fatto osservare *fol.* 1.

Se bene queste provisioni l'avesse il quondam Francesco fatte notificare così a' Fabricatori, come a D. Filippo, ad ogni modo avendosele il Governadore locale tenute presso di sè, con lo specioso pretesto di voler procedere alla carcerazione de' Fabricatori nel

caso

caſo di controvenzione, per l'aderenza però che avea con D. Filippo, tacitamente permiſe, che ſi fuſſe tirato avanti la fabrica; perlochè fù neceſſitato il quondam Franceſco di far altro ricorſo al medeſimo Giudice di Tomaſo, da chi ottenne altre proviſioni ordinantino, che con effetto i Fabricatori aveſſero deſiſtito, con la riſerba della providenza da dare per la demolizione della fabrica fatta dopo la prima inibizione, *fol.6. & 7.*

Per queſti geminati ordini, ſtimò bene D. Filippo di far deſiſtere per allora dalla cominciata opra, ma eſſendo dopo un'anno paſſato a miglior vita il detto Franceſco, ſtimò tempo proprio, ed opportuno, con qualche inviluppo di coſe, e ſollecitudine nell' eſeguire di venire a capo de' ſuoi mal fondati diſegni, ed in effetto con una ſemplice proviſione ottenuta dal Reggio Conſigliere Signor D. Giuſeppe Andreaſſi ordinante, che fuſſe manutenuto nel poſſeſſo de' beni ereditarj della quond. Rita Caſalino ſua madre, cominciò di notte con l'aſſiſtenza di molta gente, e con quantità ben numeroſa d'operarj non già a ſeguitare la cominciata fabrica nel ſuo cortile, ma ad elevare un muro ſopra la propria loggia del Tavaſſi, dalla quale ſin da che era ſtata fabricata aveaſi avuto l'aſpetto, e la ſervitù attiva di riguardare nel ſuo cortile.

Avendone di queſto nuovo attentato avuta notizia il Dottor Andrea figlio, ed erede di detto quondam Franceſco, ſubito n'ebbe ricorſo dal medeſimo Conſigliere Signor D. Giuſeppe Andreaſſi, da chi ottenne ſimili proviſioni ordinantino, che i Fabricatori aveſſero deſiſtito; e premendoli ancora la demolizione della fabrica attentatamente fatta ſopra la ſua loggia, perchè l'attentato veniva in conſeguenza

delle

delle provisioni di Vicaria un'anno prima fatte notificare dal quondam Francesco suo padre così a' Fabricatori, come al D. Filippo; perciò nell' istesso tempo diede supplica all' olim Spettabile Reggente del Sagro Conseglio D. Gaetano Argento, ed esponendoli, che la causa dell'eredità della quond. Rita Casalino, era un mero pretesto di D. Filippo delli Franci, per tirare avanti con modi indiretti, e non convenevoli la fabrica, che con provisioni di Vicaria stava un'anno prima inibita, *auditis partibus*, ottenne decretazione, che a rispetto di detto edificio la Vicaria avesse continuato a procedere, *fol.* 8. & 9.

Dubitando dopo questa decretazione il D. Filippo, che la Gran Corte della Vicaria dasse quelli ordini soliti pratticarsi in simili casi d'attentati, ed in conseguenza qualche passo per la demolizione della fabrica fatta doppo la notificazione delle prime provisioni, prevenendo perciò con instanza, domandò esserli lecito di servirsi della ragione che l'assisteva di poter nel suo proprio suolo fabricare, e che stimando il Signor Commissario necessaria la sua persona, e quella di un Tavolario del S.C., sopra la faccia del luogo, anche per la remozione delle servitù indotte dal Tavassi al suo stabile, che avesse ordinato l'accesso, e l'elezione del Tavolario, che era pronto a succumbere a tutte le spese, *fol.* 10., ma per parte del Dottor Andrea con altra instanza si replicò, che prima di ogn'altra cosa si doveano rivocare gli attentati, con demolirsi la fabrica fatta dopo l'inibizione, ed indi poi doveasi vedere di qual peso era l'eccezione da lui fin dal principio opposta, che *ab immemorabili* avea goduta la servitù attiva di riguardare dalla sua loggia nel cortile di D. Filippo, e che perciò non

era

era per allora neceſſario l'acceſſo del Tavolario, mà bensì l' eſame de' teſtimonj, così per provare l'innovazione, ed attentati fatti dopo la notificazione delle prime proviſioni, come l'allegata ſervitù, già che non potea con publiche ſcritture dimoſtrarla, *fol.* 13., *&* 14., e nell'iſteſſo tempo diede memoriale a S. E. il Signor Vicerè per ſegretaria di ſtato, e guerra, ſupplicandola, che ſi fuſſe degnata incaricare al degniſſimo Giudice Signor D. Franceſco Maria Perrelli, à chi ſtava di già commeſſa la cauſa, che ſi fuſſe portato ſopra la faccia del luogo per la demolizione del muro dopo la notificazione delle geminate proviſioni con manifeſti attentati fabricato ſopra la ſua loggia, e con diſpaccio delli 6. Agoſto fù ordinato l'acceſſo del Signor Commiſſario à ſpeſe del Tavaſſi, in danno però di chi ſoccombiva, *fol.* 15.

In viſta di queſte iſtanze, e diſpaccio, parve bene al Sig. Commiſſario a' 8. del medeſimo meſe d'Agoſto d' ordinare, che *citra præjudicium* delle pene incorſe, ſi fuſſe preſa ſommaria informazione col ſuo intervento, e di uno de' Tavolarj del S. C. eligendo dalla buſſola *ad inſtructionem tantum*, così della controvenzione all' ordinato con le proviſioni ſpedite dall' olim Giudice D. Sebaſtiano di Tomaſo, come anche della ſervitù allegata dal Tavaſſi, e nell' iſteſſo tempo, che il medeſimo Tavolario aveſſe riconoſciuto l'eſpoſto da D. Filippo nella ſua iſtanza, *fol.* 18. *a terg.*

Eſſendoſi in eſecuzione di queſto decreto eletto, Dio sà ſe per buſſola, il Tavolario Giovanni Papa, *fol.* 21. dopo la notificazione della requiſitoria da queſto fatta, ſi degnò il Signor Commiſſario a' 17. Ottobre 1729. di portarſi con quello ſopra la faccia del luo-

luogo; dove il detto Dottor Andrea ſtimò bene di preſentare un'iſtanza continente più coſe.

Diſſe in primo luogo, che non doveaſi dar udienza à D. Filippo, ſe prima non rivocava tutti gli attentati da lui fatti; per ſecondo, che ſe pure non vi erano attentati, nè meno doveaſi darli licenza di fabricare, à cauſa che *ab immemorabili* avea eſſo Tavaſſi goduta la ſervitù attiva di riguardare dalle ſue loggie nel cortile di D. Filippo, quale ſervitù ſe pure voleaſi negare dalla loggia venti anni prima fabricata, non poteaſi però dubitare, dall' altra loggia antica, e che per queſta ragione doveaſi aſpettare l' eſito dell'eſame, che doveaſi fare; diſſe in oltre, che con detta fabrica ſi privava il ſuo quarto della viſta del Monte, de' venti ſalutari, e della libera reſpirazione dell' aere, quando che potea D. Filippo *æquè commodè* fabricare nell' altro lato del ſuo cortile, e per ultimo, che il muro, ſopra del quale volea D. Filippo fabricare, ſi conoſcea con evidenza, che non era ſtato fabricato per ſoſtenere edificj, mà per ſemplice diviſione, e che non potea negarſi, che era tutto per intiero ſuo proprio, per vederſi ocularmente, che dal quond. Franceſco ſuo padre era ſtato rifatto.

Dopo lungo contradittorio, e ricognizione di tutti i luoghi fatta così dal Signor Commiſſario, come dal Tavolario, fù interpoſto decreto ordinante, che con effetto, *citrà præjudicium* delle pene incorſe, ſi fuſſe preſa informazione della controvenzione à gl' ordini della Vicaria, e che i teſtimonj ſi fuſſero ricevuti *coram* di detto Signor Commiſſario *ad finem providendi etiam ſuper deductis in primo capite comparitionis præſentatæ pro parte dicti U.J.D. Andreæ*

Ta-

Tavaſſi; Nec non, che il termine ſummario per prima dato fuſſe cominciato a correre da quel giorno, anche ſopra al contenuto nella detta iſtanza preſentata dal Tavaſſi, e che il Tavolario eletto aveſſe riferito in inſcritto, ciò che conteneaſi nell' iſtanze così di D. Filippo, come del Tavaſſi *ad finem providendi*, e fra tanto, che non ſi fuſſe innovato coſa alcuna, ſino à che dalla Vicaria, ò del Signor Commiſſario veniva altrimente ordinato, *fol.* 26.

Se bene l' informazione della controvenzione ſi fuſſe ſubito preſa avanti del Signor Commiſſario, quella però dell' altro contenuto nell' iſtanza del Tavaſſi, perche non poteaſi prendere ſenza che prima ſi fuſſe il decreto notificato, e trattenendoſi la notificazione per cauſa dell'aſſenza del Procuratore di D. Filippo, dubitando perciò il Tavaſſi, che non ſi fuſſe trà queſto mentre fatta, e preſentata dal Tavolario la relazione, che ſenza il lume dell' eſame li ſarebbe forſe ſtata pregiudiziale, perciò con iſtanza domandò ordinarſi, che non ſi fuſſe fatta dal Tavolario la relazione, ſe prima non ſi prendea l'informazione ordinata, à cauſa che le depoſizioni de' teſtimonj erano aſſolutamente neceſſarie per la formazione di quella, mà dal Signor Commiſſario a' 10. Decembre di detto anno ſi ſtimò d' ordinare, che con effetto ſi fuſſe preſa l' informazione *non impedita interim relatione facienda per Tabularium; verum reſpectu deductorum pro parte magnifici Tavaſſi in præcitata comparitione ab eo præſentata, fol.* 23. *habeatur ea ratio, quæ de jure habenda erit, fol.* 30.

Quanto ragionevole però fù l' iſtanza del detto Tavaſſi, ſi è veduto con eſperienza in appreſſo, à cauſa

 che

che essendosi dal Tavolario formata la relazione senza di aver presente l' esame, che in appresso si fece, diede in quella il suo parere, che essendo il muro sopra del quale avea D. Filippo fabricato comune divisorio col Tavassi, ben potea D. Filippo elevarlo a suo bellaggio; per lo che fù costretto il Tavassi con istanza di più capi domandare non tenersi di quella ragione alcuna, come contraria in se stessa, à quello che con l' oculare ispezzione erasi visto, e conosciuto nel tempo dell' accesso, ed alle deposizioni di tutti i testimonj, anche di quelli esaminati per parte di D. Filippo.

Perchè si renderebbe troppo tedioſa questa nota, se volessimo le molte cose dette dal Tavassi nella detta sua istanza un per una comprovare, ci contentaremo per ciò di mettere sotto gl' occhi de' Signori Giudicanti le maggiori, e più evidenti nullità della menzionata relazione, e l' insossistenza di ciò, che in essa si contiene, à finchè non avendosi di quella la minima ragione si possa ordinare la demolizione del muro, che oltre l' inibizione, nè meno potea-si da D. Filippo in pregiudizio della ragione del Tanassi fabricare.

Il principal fondamento, sopra del quale il Tavolario appoggia il suo parere, che possa D. Filippo proseguire la cominciata fabrica, egli sì è, perchè il muro, sopra del quale ave questo cominciato à fabricare, quantunque *ab antiquo* fusse appartenuto per intiero alla sua casa per causa di certe fenestrelle, che dalla parte del suo cortile si vedeano, le quali secondo la dottrina di *Cepolla nel Trattato de servitutibus Urb. præd. cap.* 40. *num.* 14., sono segni demostrativi di dominio, ad ogni modo, essendosi quel-

lo, gl'anni, à dietro dal quondam Franceſco Tavaſſi rifatto, e laſciate le feneſtrelle dall' una, e l' altra parte, eraſi per ciò coſtituito commune diviſorio.

Noi però ſperiamo primieramente cõ più coghietture, e ſegni evidenti dimoſtrare, che detto muro *ab antiquo, & immemorabili* abbia ſpetto, e ſia ſtato proprio della caſa di detto Tavaſſi, e non già di detto D. Filippo, e per ſecondo, che ſe pure il muro vogliaſi giudicare commune diviſorio, ſecondo il parere del Tavolario, che ne meno poſſa D. Filippo ſopra l' intierà ſua latitudine fabricare.

La prima cõghiettura, che il muro controvertito apparteneva, ſiccome appartiene tutto per intiero al Dottor Andrea Tavaſſi, ſi ricava da ciò, che han depoſto molti teſtimonj eſaminati à ſua iſtanza, cioè che l'acqua piovana, che continuamente caſcava nel ſuo cortile, in tempo che poſſedeaſi la ſua caſa dalli Signori d'Aquino, per alcuni forami, e ſaettere ſiſtentino nel muro controvertito s'immettea nel cortile di Rita Caſalino madre di D. Filippo, e che avendo il quondam Franceſco dopo la compra di quella, fabricata nel mezzo del cortile una ciſterna, l'acqua che per prima avea l'eſito per le dette ſaettere nel cortile di detta Rita, ſi è immeſſa dopoi nella ciſterna nuovamente fabricata, *teſtes ſuper 3.articulo, fol.50. at.53.at. & 55.*

Che queſta ſia una delle forte conghietture, è preſunzioni per giudicare, che il muro ſia tutto per intiero del padrone del ſuolo, per il quale s'immette l'acqua per forami, e ſaettere in altro cortile, lo ſcriſſe lo ſteſſo Bartolomeo Cepolla, tanto dal Tavolario lodato, nel medeſimo luogo da lui citato, *in fine*, ivi: *idem cognoſci poteſt*, cioè quando il muro è tutto di

un ſolo, e non già comune: *ſi in pariete, ſive muro conſtructo erit ſeclarium acquarolum, vel canale fiſtulæ, Balneum, Puteus, Ciſterna, Fons, Lavellus, quæ fiunt, & fieri ſolent in ſubmuris ſecundum exigentiam, & opportunitatem locorum*, e l'iſteſſo ſcriſſe *Menochio nel trattato de præſumpt. lib. 6. preſump. 73. num.* 14. ivi: *ſeptimum eſt ſignum quando extant aliquæ fiſtulæ, quas Canales vulgus nominat, utpotè Ciſternæ, Fontis, Balnei, vel ſimilis acqueductus, qui fieri ſolent in his parietibus.*

E la ragione di queſta congettura naſce dal teſto nella *l. fiſtulam, ff. de ſervit. urban. præd.* dove il Giuriſconſulto *Paolo* ſcriſſe: *Fiſtulam junctam parieti communi, quæ aut ex Caſtello* (che *Gottofredo* in queſto luoco, e *Budeo* nella *l. fundi*, §. *Labeo generaliter*, *ff. de actionibus empti*, l'interpretano per un recettacolo d'acque immeſſe) *aut ex Cœlo aquam capit, non jure haberi Proculus ait*, e più chiaramente dal teſto nella *l. fiſtulas* 13. *ff. ſi ſervitus vindicetur*, dove *Proculo* ſcriſſe: *fiſtulas, quibus aqua duco in via publica habeo, & hæ ruptæ inundant parietem tuum; puto te poſſe rectè mecum agere jus mihi non eſſe, flumina ex meo in tuum parietem fluere*, dove *Bartolo* nella *Somma* ſcriſſe: *non poteſt quis habere canalem in ſuo, per quem aqua projiciatur in alieno*, per lo che ſe il muro preſentemente controvertito, fuſſe ſtato anticamente di D. Filippo, ò almeno comune con i Signori d'Aquino, e ſucceſſivamente del quondam Franceſco, non averebbero certamente poſſuto li Signori d'Aquino farvi de' canali, e ſaettere, e per queſte immettere nel ſuolo di D. Filippo tutta l'acqua, che caſcava nel di loro cortile; per lo che non ſolo deveſi dire, che tutto il muro appartenea a

mede-

medesimi, mà che aveano ancora la servitù *proiiciendi aquas* nel proprio suolo di D. Filippo, qual servitù da *Cajo* nella *l. 1. ff. de servitut. urban. prædiar.* trà le urbane annoverata ne viene.

La seconda cõghiettura, ò fia presunzione, nasce da ciò, che con l'oculare inspettione nel tempo dell'accesso si vidde, e si è poi con l'esame di più testimonj provato, cioè che il muro controvertito dopo l'acquisto del quondam Francesco fatto di detta casa, fù da questo da uno de' capi all'altro tutto risatto, appedato, e nella mettà più elevato à sue proprie spese, senza che D. Filippo vi avesse speso un solo quadrino, *testes super 5. artic. fol.* 40. 41. *àter.* 43. 44. *àter.* 46. 47. *àter.* 49. *àter.* 51. 55. *àter.* 57. 58. 59. 60. 61. *àter.* & 62. *àter.*, e senza che dal Tavassi si fusse cercata licenza, ò consenzo di D. Filippo, *testes super 6. artic. fol.* 43. 44. *àter.* 47. *àter.* 49. *àter.* 51. 54. 55. *àter.* 58. 61. *àter.* & 62. *àter.*, lo che l'han deposto ancora due testimonj esaminati ad istanza dell'istesso D. Filippo, *fol.* 71. *àter. super 5. artic. loc. sign.* & *fol.* 78., per lo che se il muro controvertito fusse stato di Don Filippo, ò veramente comune non averebbe certamente permesso, che il Tavassi ne avesse liberamente disposto, avendo à suo prò la chiara disposizione del testo nella *l. parietem. 7. ff. de serv. urbanor. prædior.* dove *Cajo* scrisse: *parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, & reficiendi jus non est, quia non solus dominus est*; e *Papiniano* nella *l. Sabinis, ff. comm. dividund.* scrisse: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse, undè manifestum est prohibendi jus esse, in re enim pari, potiorem causam esse prohibentis constat*, e perciò *Brunneman.*

man. ſopra la detta *l.8.de ſervit.urb.præd.* ſcriſſe, che uno de' compadroni non può *communem parietem reficere*, e così ancora *Cujacio* nella medeſima *l.parietem*, per lo che *Menochio nel tratt. de præſumpt. lib.6. præſumpt. 73. num.19.* pone per una delle preſunzioni evidenti, che il muro ſia di un ſolo, e non già comune, quante volte coſta, che à ſpeſe di un ſolo ſia ſtato accreſciuto in qualche parte, ò in lunghezza, ò in larghezza: *Idem quando paries alio tempore fuit auctus, vel largitudine, vel latitudine*, e la ragione è pur troppo chiara, ed evidente, perche deveſi la coſa giudicare di quello, alle di cui ſpeſe vedeſi fatta, per la *l. qui libertatem, §.ult.& l.ultim. ff.de operibus publicis cap.1.de Religioſis domib.*

Creſce maggiormente queſta conghiettura nel vederſi, che dopo l'eſſerſi il muro dal Tavaſsi rifatto, appedato, e più della mettà elevato, vi ſi appoggiorno dal medeſimo i travi, trapaſſandolo con queſti non già ſino alla mettà, mà tutto per intiero, ſenza che aveſſe richieſta licenza, e permeſſo da D.Filippo, e ſenza che queſto ſe ne fuſſe, nè per allora, nè in appreſſo lagnato, *teſtes ſuper 6.art.fol..cit.*, e l'han depoſto ancora i teſtimonj eſaminati ad iſtanza del medeſimo D. Filippo, *dicto fol.71.ſuper 5. artic.& fol.78. Tertium eſt ſignum*, ſcriſſe *Menochio nella cit.Preſunt.73.num.10. Quando ex latere unius immiſſum eſt tignum; ſi enim eſt immiſſum in parietem ultra dimidium ipſius muri, paries præſumitur ejus, cujus tignum eſt immiſſum: ſi verò non excedit dimidium muri, paries præſumitur communis; ita Cepoll. dicto cap.40. num.11., qui ſic declarat, l.parietem, ff. de ſervit.urban.præd. idem ſcribit Bartol.in d.l.damni, §. cum parietem, ff. de damno infect. Soccinus ſenior*

nior in conſ.44. colum. 1. verſ. ex qua doctrina lib. 4. ſenſit, & Corn.in conſ.184.colum.2. verſ. & ſic quilibet l b.1. Cepoll. in conſ.35. num. 8. in civil., qui declarat, & Ruin. in conſ.55. num.6. lib.4. & Crottus in conſ. 153. num. 1. & 4. lib. 2. Bero.in conſil. 132. num.1. lib.3. Pariſ.in conſ.116. num.9.lib.4.Gramm. in conſ. 164. num. 4. in civilib., & Theſaur. in deciſ. 219. num.1.

Nè in eſcluſione di queſte forti,e chiare conghietture, e preſunzioni può giovare à D. Filippo , lo che da lui nel tempo dell'elevazione di detto muro clandeſtinamente , e ſenza la minima ſcienza del qu. Franceſco ſi oprò , cioè di far laſciare dalla parte del ſuo cortile due fineſtrelle nella ſemplice ſuperficie del muro nuovo , lo che hà dato motivo al Tavolario di dire , che per queſta cauſa ſi coſtituì comune diviſorio , perche con la depoſizione così dell'iſteſſi fabricatori , come d'altri teſtimonj ſi è coſtato , che le menzionate fineſtrelle ſi laſciorono à preghiere di D. Filippo , ſenza che mai il quond. Franceſco n' aveſſe avuta la minima ſcienza, così perche nel tempo della fabrica ſtava in queſta Città , come perche, ſe pure fuſſe ſtato preſente , non potea vedere lo che facevaſi dalla parte del cortile di D. Filippo , *teſtes ſuper 7.art.fol.49.àt.,& 50.54.àt.,& 58.*, per lo che ſe bene le fineſtrelle , che non trapaſſano per intiero il muro , mà ſolo la mettà dinotano , che il muro ſia comune , *hoc intelligitur , niſi feneſtrella uno ex latere parietis fieri potuiſſet clam ab illo vicino*,ſcriſſe *Menocchio nella cit. preſ. 73. n.12.* dopo *Caſtrenſe nel conſ.334.vol.2.verſ.nec obſtat, quod dicitur lib.2.*

Crediamo inoltre non poterſi affatto dubitare, preſcindendo dalla detta chiara , & indubitata prova già

fatta

fatta per teſtimonj, che le dette fineſtrelle furono laſciate da' fabricatori à richieſta, e preghiere di D. Filippo, ſenza che il quond. Franceſco l'aveſſe mai ſaputo, perche ſe con le dette fineſtrelle eraſi di già coſtituito il muro comune, ſicome diſſe nella ſua relazione il Tavolario, perche poi D. Filippo permettè, che il quond. Franceſco aveſſe perforato con venti, e più travi da uno de' capi all'altro tutta la groſſezza di quello, quando con tale atto veniva à perdere, lo che aveva con le fineſtrelle guadagnato, e nell'iſteſſo tempo à permettere un ſegno pur troppo evidente, manifeſto, e perpetuo, che in quello non vi avea la minima azzione, mà che tutto per intiero appartenea al Tavaſſi, perche, ſicome di ſopra ſi è dimoſtrato, allora il muro ſi giudica comune, quando i travi non oltrepaſſano la ſua mettà, mà quando l'oltrepaſſano, allora ſi preſume di quello di chi con travi l'hà tutto perforato, ſicome ſcriſſe *Menocchio* nel ſopracitato *num.* 10. della detta *preſ.*73., dopo *Cepolla*, *Ruino*, & altri di ſopra citati; per lo che ſi vede con evidenza, che l'iſteſſo D. Filippo non volle propalare il ſecreto di aver fatto laſciare da'fabricatori le fineſtrelle dalla parte del ſuo cortile; perche ſe con quelle altro non acquiſtava, che rendere à lui ancora comune diviſibile il muro, non volle nell'iſteſſo tempo propalare la ſua frode, e permiſe, che il quond. Franceſco ſi fuſſe avvaluto liberamente, e ſenza contradizzione della ragione, che avea di perforarlo come ſuo proprio tutto per intiero.

La terza conghiettura, anzi prova evidente, che il muro controvertito appartenea tutto per intiero alli Signori d' Aquino, e per conſequenza al qu. Franceſco prima, che da queſto ſi fuſſe rifatto, accomodato,

to, ed elevato, ſi ricava dalla prova fatta per parte del Tavaſſi, che molti anni à dietro volendo la qu. Rita Caſalino madre di D. Filippo fabricare accoſto al muro controvertito un piccolo caſalino per comodo d'animali, quantunque matto, & inferiore aſſai all'altezza del muro, cercò la licenza, & il conſenſo de'Signori d'Aquino, *teſtes ſuper 4.art. fol.43.44.àt. 55.àt., & 57.àt.*, per lo che ſe il muro era ſuo proprio, ò almeno comune diviſorio, à che per appoggiarvi piccola fabrica, che non trapaſſava nè men la mettà del muro richiedere il conſenſo de'Signori d'Aquino? biſogna perciò confeſſare, che ſapea molto bene Rita Caſalino, che tutto l'intiero muro appartenea à quelli, e che appoggiandovi ſenza il diloro conſenſo, ben poteano proibirlo, per il teſto nella *l. ſi cum meus 14.ff.ſi ſervitus vendicetur.*

Preſcindendo poi dal di ſopra fondato, non poſſiamo col noſtro corto intendimento capire, lo che metteſi dal Tavolario per ragione fondamentale, che poſſa D. Filippo ſopra del muro controvertito fabricare per eſſerſi con le fineſtrelle laſciatevi reſo comune diviſibile, quando la maſſima di tutti i Dottori ſi è, che quando il muro è comune, & indiviſo, uno de'compadroni, nõ può di quello ſervirſi ſenza il conſenſo dell'altro, quando poi è comune diviſibile tal' uno può ſervirſi della mettà ſolamente, così *Menocchio* nella più volte citata *preſ.73.num.24.* ivi· *Nam quando eſt communis prò indiviſo, unus non poteſt illum altius tollere invito vicino, l.Sabinus ff.commun. divid., & l.parietem ff.de ſervit. urb. præd. ſi vero eſt communis pro diviſo, quilibet poteſt pro ſua parte altius tollere. Ita ſcribunt Angel.in l.hoc quod dictum*

§ si ex tribus ff. de servit. urb. præd. Corneus in cons. 90. num. 20. lib. 2. Decius in cons 388. num. 1 sensit Socin. sen. in cons. 44. col. 1. vers. confirmatur lib. 4., e *Cepolla nel cit. cap. 40. de pariete, seù muro num.* 11. l'istesso scrisse: *Primo, & principaliter*, (sono sue parole) *qui dicatur murus communis. Dic. communis dicitur duobus modis, uno pro indiviso, alio pro diviso. Paries communis pro indiviso, est quando ex societate expressa, l. cum duobus §. idem malam ff. pro soc. quandoque ex societate incidenti, & tacita v. g. tu imponis tignum in parietem ultra dimidium muri, & ego etiam impono, & tu uteris quantum tibi expedit, & ego etiam utor, & ex hoc contrahitur quædam tacita societas, ut in l. in communis parietis, de damno infect., & l. ut sit pro socio actio, & l. 4. in princip. pro socio, & sic re tacitè contrahitur societas, ut ibi sentit glos. in l. si ædes communis circa fin. comm. divid. Paries vero, sive murus communis pro diviso dicitur, quando murus est inter te, & me, & nil per te, & me immissum est, & si est immissum, missum non perforat parietem ultra dimidiam, quæ est pro parte tua*, e questa dottrina fù seguitata dal S.C. presso il *Reg. Rovito* nella *decis.* 30. avendo data licenza ad Antonio Paladino di potere alzare il muro dalla mettà della sua grossezza solamente, à causa che ebbe per vero, che era comune divisorio con Michele, & altri fratelli di Blanc., & attesta il citato *Reg. Rovito*, che tutta la causa raggiroffi nella cognizione del solo punto, se il muro era comune *pro indiviso*, ò vero comune divisorio; imperciocche se era comune *pro indiviso, certum erat, quod socius non poterat in eo super ædificare invito socio*, se poi era comune *pro diviso, tunc indubitati juris erat, quod etiam invito*

socio

ſocio potuiſſet Antonius altius parietem extollere, ſi non in toto muro communi, ſaltem in medietate illius, quæ erat ſua propria ex parte ſui viridariis, atteſtando, che queſta dottrina era una maſſima indubitata preſſo tutti i Dottori citandone molti nel *n.*2., e per conoſcere ſe era comune *pro indiviſo*, ò vero *indiviſo* ſcrive nel *num.*3., che il S. C. ebbe per vera la dottrina di *Bartolo nella l. inter quos num.*1. *ff. de damno infecto*, di *Croto nel conſ.* 153. *num.*4., & 5. *vol.*2., e di *Cepolla nel cit. cap.*40. *num.*11. *Ut ſcilicet paries communis pro diviſo dicatur, quando in pariete inter te, & me nihil per te, nec per me eſt immiſſum, & ſi eſt immiſſum, illud non perforat parietem ultra dimidiam, quia tunc ille paries eſt communis pro diviſo; ſecus ſi immiſſum à te perforat murum ultra dimidiam ex parte mea, & immiſſum à me perforat dimidiam ex parte tua, quia erit communis pro indiviſo*; e con l'iſteſſi termini ſcriſſe il *Card. de Luca nel tratt. de ſervit. diſc.*6. *n.*3. ivi: *Neque dubitandum videtur eundem maram eſſe communem pro indiviſo, dum ſupponitur in tertis partibus adeſſe tigna hinc inde in totum perforantia, atque in aliis adeſſe feneſtras muri medietate excedentes, juxta magiſtralem doctrinam Bart. in l. inter quos num.*1. *ff. de damn. infecto, Cepoll. de ſervit. urb. præd. cap.*40. *de parietate, ſeu muro num.*11. *latè Boer. conſ.*5. *per tot.*

E la ragione di qneſta maſſima può ricavarſi dalla diſpoſizione di due teſti, cioè dalla *l. Sabinus*, e dalla *l. ſi ædes ff. com. dividund.* venendo col primo ſtabilito, che nella robba commune niuno de' ſocii ſenza il conſenzo dell'altro poſſa innovare coſa veruna, e col ſecondo, che non volendo uno de' ſocj permettere, che l'altro faccia in quella *quid apus ſit*, che in queſto ca-

ſo *communi dividando judicio erit agendum*, per lo che Cujacio nella *l. Parietem* 8. *ff. de ſervit. urb. præd.* ſcriſſe, che la detta *l. Parietem* d'uniforme diſpoſizione alla detta *leg. Sabinus* non era niente ripugnante alla detta *l. ædes*; *Cum hac lege pugnare videtur l. ſi ædes* 12. *com. divi*; *ut vero intelligatur quemadmodum hæc difficultas explicari poſſit, ſciendum eſt hanc eſſe regulam juris, in re communi unũ ex ſociis quidquam facere non poſſe invito altero. l. Sabinus* 28. *com. divid. hinc exiſtit quæſtio, an unus ex ſociis parietem communem demoliri, & reficere poſſit* v3., *ſi paries indigeat refectione? dicendum eſt non poſſe*; *Nam id ſuadet ea juris regula. Poteſt igitur prohiberi à ſocio, ne parietem communem reficiat l. an unus* 11. *ſi ſervit. vendic. ex eo rurſus colligendum, cum ſocium, qui vult reficere communem parietem, ſi prohibeatur non poſſe agere jus ſibi eſſe reficiendi, rectè cum prohibetur à ſocio. Hæc eſt ſententia hujus legis. Paries eſt naturali ratione communis cum ædificatus eſt communibus expenſis*; *Reficiendi jus non eſt, ideſt agere non poteſt, jus ſibi eſſe reficiendi: quia inquit non ſolus dominus eſt, quia qui ſocium habet, non proprie eſt dominus l. illud dubitationis* 46. *de rit. nupt. Nunc quæro, quid juris ſit, ſi paries ſit ruinoſus, & refectione indigeat, & me vicinus non patiatur reficere parietem communem, neque ipſe velit ejus rei curam ſuſcipere? Tunc locus eſt ſententiæ l. ſi ædes* 12. *com. divid., quam huic legi noſtræ contrarium faciunt, quæ ait, tunc agi communi dividundo.*

Da tutto ciò ſi conoſce con evidenza, che vive pur troppo incannato il Tavolario, ſe l'opinione, che tiene di poterſi da D. Filippo fabbricare ſopra l'intiero muro controvertito per la ragione, che n'aſſe-

gna,

gna, ch'è commune diviſorio, e ſenza paſſione, poiche giudicandolo lui per tale, ne viene per conſeguẽza di non eſſere tutto per intiero di D. Filippo, ma tenerlo queſto in ſocietà col Dottor Andrea Tavaſſi, e tenendolo in ſocietà, non può ſenza il conſenzo del conſocio farvi la minima innovazione, la onde per la ripugnanza, che hà nel conſocio incontrata, altro rimedio non l'avanza, che avvalerſi della diſpoſizione della *cit. l. ædes ff. commun. divid.* cioè di ſciogliere la ſocietà, e ſervirſi di quella parte, che dopo la diviſione viene à reſtare ſua propria, e ſopra di quella, e non già ſopra l'intiero muro fabbricare, giuſta la citata *deciſ. 30. del Regente Rovito*; ivi: nel *num. 12. hæc cauſa fuit pluries propoſita in S. C., & tandem die 16. Junii 1625 fuit interpoſitum decretum licuiſſe, & licere Antonio Paladino extollere murum, ſeu parietem diviſorium ad ſui libitum, dummodo non excedat medietatem ipſius parietis ex parte ſui viridarii*; altrimente non vi ſarebbe neſſuna differenza, ſe il muro controvertito fuſſe per intiero di D. Filippo, ò pure *pro communi, & indiviſo*, e non già commune diviſorio.

Crediamo, che chi fà le parti di D. Filippo ſtimi di ſuo vantaggio il difendere ciò che è ſtato principal motivo del Tavolario, perchè ſe mal voleſſe dire, che il muro non è già commune diviſorio, mà commune, ed indiviſo contro l'opinione del Tavolario; in queſto caſo ſarebbe più in ſicuro la ragione del Dottor Andrea Tavaſſi, perchè prima d'ogn'altra coſa ſi faſebbe conoſcere la mancanza de' mezzi principali, che ſi ricercono per coſtituirlo tale, non vedendoſi, che ambedue, cioè D. Filippo, ed il Dottor Andrea ſi ſiano egualmente ſerviti di quello, mà ſolamente

dal

dal quondam Franceſco da una parte, all' altra con venti, e più travi trapaſſato, e perciò deveſi più toſto giudicare tutto per intiero di queſto, ſicome di ſopra abbiam dimoſtrato, che commune *pro indiviſo*.

Mà dato poi, e non conceſſo, che veramente fuſſe tale, cioè commune *pro indiviſo*; chi mai ſi hà inſognato di dire, che ſopra ſimile muro poſſa uno de'ſocii à ſuo belaggio, ſenza il conſenzo dell'altro fabbricare? Sono chiare le diſpoſizioni della *l. parietem ff. de ſervit. urb. præd.* della *l. Sabinus ff. com. divi* le parole delle quali leggi l'abbiamo di ſopra traſcritte, e non eſſendo diſſimile la diſpoſizione della *l. quidam Iberus 12 ff. de ſerv. urb. præd.* ci giova, qui addurne le parole; *quidam Iberus nomine, qui habet poſt horrea mea inſulam balnearium fecit ſecundam parietem communem. Non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, ſicuti nec parietem quoque ſuum ſuper parietem communem*, e per conſeguenza non è da porſi in controverſia quante volte vogliaſi ſoſtenere contro l'opinione del Tavolario, che eſſendo il muro commune indiviſibile, poſſa D. Filippo fabbricarvi di ſopra, tanto maggiormente, che non vedeſi da principio fabbricato per queſto fine di farvi edificii, mà per ſola, e pura diviſione delle due caſe, ſicome largamente ſcriſſe il *Card. de Luc. nel trat. de ſervit. nel diſcorſ. 6. nu. 6.*, e nel *diſc. 7. 8. 9. 11.*, ed in altri.

Se la ragion principale del Tavolario, di poter D. Filippo fabbricare ſopra dal muro controvertito, l'abbiam fatta conoſcere di niuna ſoſſiſtenza, ed erronea; ſperiamo ancora con maggior evidenza dimoſtrare, che le riſpoſte dall'iſteſſo Tavolario date alli motivi eſpreſ-

eſpreſſati nell'iſtanza preſentata nel tempo dell'acceſſo dal Dottor Andrea Tavaſſi di non poterſi in quello fabbricare, anche preſcindendo dalla ragione, che il muro era tutto per intiero ſuo proprio, ſono di minima vaglia, e sfornite di ogni appoggio legale, ed in conſeguenza per qualunque verſo voglia deciderſi la cauſa, ſempre la ragion proibitiva del Tavaſſi abbia d'avere il ſuo luogo.

Prima d'ogn'altra coſa, che nel tempo dell'acceſſo feceſi al Tavolario vedere furono le due logge della caſa del Dottor Andrea Tavaſſi una laterale al cortile, ſopra al di cui muro pretendeva D. Filippo fabbricare, l'altra nella fronte del medeſimo cortile; ſe li fè nell'iſteſſo tempo vedere, che dalla prima quantunque dalla parte di D. Filippo era ſenza appoggio, ò ſia pettorata, ad ogni modo ſempre per lo ſpazio di diciotto anni, da che era ſtata fabbricata, così il quon. Franceſco, come il Dottor Andrea ſuo figlio avean goduto l'aſpetto nel cortile di D. Filippo, e che nella ſeconda da tempi tanto antichi, che non vi era memoria d'uomo incontrario, vi era ſtato l'appoggio, e pettorata, ſicome attualmente vi ſtava, e che da queſta ſempre ſi era avuto, ſicome aveaſi l'aſpetto nel medeſimo cortile di D. Filippo, e che qual'ora voleaſi à queſto permettere la fabbrica ſopra del muro della prima loggia venivaſi à privare il Tavaſſi così dell'antica, come della nuova ſervitù acquiſtata di potere nel detto cortile riguardare.

Nell'atto ſteſſo della ricognizione moſtrò il Tavolario d'eſſerſi perſuaſo, mà poi nella relazione ſi è ſpiegato con queſti termini; *per quanto tocca alla preteſa ſervitù della loggia ſuperiore, niano jus, ò ragione ſi è acquiſtata dal Magnifico Tavaſſi ſopra il fondo del*

Ma-

Magnifico delli Franci per eſſere l'aſſertiva contraria al fatto : tanto più , che la caſa del Magnifico delli Franci ſi vede fabbricata prima della detta loggia . Per quanto tocca poi alla ſervitù preteſa dalla loggia inferiore , queſta non ſi preſume ſenza provarſi per legitime ſcritture , ed altri validi documenti.

Per la ſervitù , che pretendeſi acquiſtata dalla loggia ſuperiore fabbricata dal quondam Franceſco , confeſſiamo con tutta ſchiettezza , che non ſapemo conoſcere qual' è l'aſſertiva del Dottor Andrea Tavaſſi , che ripugna al fatto ; l'aſſertiva di queſto nella ſua iſtanza fù , che per l'acquieſcenza di tanti anni di Rita Caſalino , e di D.Filippo delli Franci ſuo figlio, e ſucceſſore , che aveſſe il quondam Franceſco Tavaſſi dalla nuova loggia da lui fabbricata riguardato , ed avuto l'aſpetto nel di loro cortile , eraſi perciò dal medeſimo acquiſtata la ſervitù attiva , qual'è dunque il fatto , che ripugna à queſta aſſertiva ? dal proceſſo non coſta, che per lo ſpazio di tanti anni abbiano Rita Caſalino , e D. Filippo ſuo figlio qualche volta proibito al quondam Franceſco di non riguardare nel di loro cortile dalla nuova loggia , ne tampoco leggeſi , che ad iſtanza de'medeſimi ſi fuſſe con qualche decreto di Giudice ordinata l'elevazione del muro per evitarli l'aſpetto , ne per fine qualche lagnanza, che ſarebbero i fatti più proprii, che potrebbero eſcludere l'acquiſto della ſervitù ; ſe pure non hà voluto intendere , che per cauſa dell'elevazione del muro fatta già da D. Filippo , non goda di preſente l'aſpetto dalla loggia ſuperiore nel ſuo cortile, crede certamente il Dottor Andrea , che non coſtando dal proceſſo niuno di queſti fatti , che ſia più che giuſtificata la ſua pretenzione di avere acquiſtata, per

cauſa

causa di detta acquiescenza, la servitù attiva di poter riguardare dalla sua loggia superiore nel cortile di D. Filippo per la chiara disposizione de' testi nella *l. si quis diuturno. ff. si servit. vendic. l. foramen, ff. de serv. urb. præd. l.* 1. *& 2. Cod. de servit.*, *& aqua*, e di altri molti per i quali tutti i Dottori, senza distinguere se il predio dominante sia fabbricato primo, o vero dopo del serviente, anno insegnato, che per acquistarsi le servitù reali, basta l'acquiescenza, e pazienza per il corso di soli dieci anni del padrone del predio serviente, così Corasio nella *l. servit. ff. de servit. Gomes. lib. 2. var. res. cap. 15. num. 26. Covar. var. res. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 17. *Picardo* sopra l'*instit. nel tit. de action.* §. *æque si agat. Balbo nel tratt. de Prescrip. 2. part. p. 4. princ. quæst.* 1. *per tot. Castillo nel tratt. de usufruct. cap.* 68. *ex num.* 7. *Barbosa nelle Collettanee sopra al Cod. ad l.* 14. *de servit.*, e molti altri, che in appresso per difesa della servitù dell' altra loggia diremo.

Per quanto riguarda poi alla servitù attiva dall' altra loggia inferiore, con la deposizione di più testimonj esaminati *super octavo articulo fol.* 40. *àt.* 42. 43. *àt.* 45. 46. 47. *àt.* 50. 51. *in fine, & àt.* 54. *àt.* 56. 57. 58. 59. *àt.* 60. *àt.* 61. *àt. &* 62. *àt.*, si è provato, che da tempi antichissimi, tanto che nõ vi è memoria d'uomo incontrario, sempre in questa loggia vi è stata, sicome vi è la pettorata, e sempre li Signori d'Aquino goderono, e dopo di essi il quondam Francesco godè da questa l'aspetto nel cortile di Rita Casalino, quale fatto l'han deposto ancora i testimonj esaminati ad istanza dell' istesso D. Filippo *super* 7. *artic. fol.* 72. *&* 78. *àt.* con la quale prova crediamo essersi adempito alla condizione desiderata dal Tavolario nella sua relazione, della necessità di dimostrarsi con valevoli documenti.

Ne crediamo, che chi fà le parti di D. Filippo voglia interpretare le parole del Tavolario, che la necessità della prova, è di legitimi documēti, si debba intendere per l'acquisto della servitù, e non già per il possesso, ò sia quasi, perche questo sarebbe direttamente contrario alla chiara disposizione della citata *l. si quis diuturno. ff. si servit. vindicetur*: dove il Giurisconsulto Ulpiano scrisse, che nelle servitù antiche, e continue non vi era necessario il titolo dell'acquisto, *si quis* (sono parole del testo) *diuturno usu, & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non ei necesse est docere de jure, quo aqua constituta est veluti ex legato, vel alio modo*: *Sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse*, e l'istesso ripete nella *l.* 1. §. *fin ff. de aqua plu. arc.* ivi *si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim, & in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui dicit usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario, habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur*, ed il medesimo *Ulpiano* nella *l. apparet.* 5. §. *si quis ff. de itinere actuq. privat.* ivi *si quis servitutem jure impositam non habet, habeat autem velut longæ possessionis prerogativam, ex eo quod diu usus est servitute, hoc interdicto uti potest.* E *Scevola* nella *l. fin. del cit. tit. de aqua plu. arc.* scrisse *Scevola respondit solere eos, qui juri dicendo præsunt tueri aquæ ductus, quibus autoritatem vetustas daret, tamet si jus non probaretur*; e l'Imperator Antonino nella *l.* 1. *C. de servit. & aqua* stabili; *Is qui Judex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciat*, e nella *l.* 2. *si aquam per possessionem martialis eo*

scien-

ſciente duxiſti ; ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiſti . dove Dioniſio Gottofredo nella parola *tempore* ſcriſſe : che ciò intendeaſi per il corſo di ſoli trè anni ſicome ritrovavaſi diſpoſto ne' *Baſilici tit.55.tit.7.cap.2.*, e l'Imperatori Diocleziano, e Maſſimiano nella *l.7.* dell'iſteſſo titolo, ordinorono, *ſi manifeſte doceri poſſit jus aquæ ex vetere more atque obſervatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi cauſa exhibere procurator noſter , ne quid contra veterem formam atque ſolemnem morem innovetur providebit.*

Circa però al punto, ſe ſia in queſti caſi ſufficiente la pruova per conghietture, e preſunzioni *Bartolo* nella *l.* 1. §. *hoc interdictum num.* 9. *ff. de itinere actuq. priv.* ſcriſſe , che quantunque Giacomo d'Arezzo, ed altri moderni de' ſuoi tempi inſegnaſſero, che per provare la ſervitù, baſtava la ſola publica voce, e fama de' vicini, ad ogni modo ſe bene ſtimaſſe , che ciò era vero, volea ancora, che vi concorreſſe qualche preſunzione, e conghiettura, laonde il *Card.de Luca* nel *tratt.de ſervit. diſc.3. nu.*3. traſcrivendo le parole di *Bartolo* diſſe, *punctus erat in ejus limitatione reſultante a ſervitute, quam pariter receptam eſt , nedum cum titulo explicito , ac expreſſa probatione , ſed etiam per præſumptiones , & conjecturas juſtificari poſſe , juxta celebrem auctoritatem Bartoli in leg.* 1. §. *hoc interdictum ff. de itinere actuque priv. cujus verba præciſa ſunt hæc ;* „ *Et ideo* „ *dicit Jacob de Aret., & alii moderni , quod ſufficit* , „ *quod probet ſe audiviſſe hoc dici à quibuſdam vicinis* , „ *& à quibuſdam fide dignis , quod ſibi competat jus* „ *eundi , &c. Ita dicunt ipſi; ego puto in veritate hoc* „ *eſſe, quod habeat aliquod probari, quod ipſe motus ſit* „ *ad credendum ſibi ſervitutem competere , & ideo pu-*

„ *to, quod ſi erat de hoc fama per contradam licitè po-*
„ *teſt credere, ideo fortius ſi erant ibi ſigna viæ, vel iti-*
„ *neris, vel aquæ, vel alia veriſimilia, quæ poſſunt*
„ *animum adducere ad iſtam credulitatem, quod autem*
„ *ſit uſus jure ſervitutis probabitur ex actibus;* „ *Quæ*
Bartali traditio ſuper probatione ſervitutis per præ-
ſumtiones, & adminicula, eſt communiter recepta, e
nel *diſcorſo* 2. *num.* 11. aveva ſcritto: *Deducitur al-*
tera limitatio ratione ſervitutis cujus, & ſi nullus
explicitus, nullaque expreſſa probatio daretur, ad-
huc tamen de jure admittitur probatio præſumptiva
per adminicula, conjecturas, & præſumptiones, ju-
xta magiſtralem theoricam Bart. in l. 1. *num.* 9. *ff. de*
itinere act. priv. commaniter canonizatam ex dedu-
ctis per Maſcard. de probat. concluſ. 1215. *Grat. di-*
ſcept. 671. *num.* 7. *Caſanat. conſ.* 39. *Capoblanc. de Ba-*
ron. pragm. 14. *num.* 13. *& ſeqq. cum aliis per Rotam*
in Firman. ſervit. 21. *Mart.* 1665. *coram Otaloro, &*
editis in Firmana, de qua infra diſc. ſeq. ac etiam in
deciſionibus editis in Bon. aquarum., de qua pari-
ter hoc tit. diſc. 25., *& in aliis frequenter*, e *Grazia-*
no nella detta *diſcept.* 681. nel *num.* 7. dopo *Caſſanat.*
Rebuff., *Gio: Fabro*, *Innocent.*, *Pontan.*, *Abb.*, *Ri-*
pa, *Maſcard.*, *Pancirolo*, ed altri, ſcriſſe, che baſtava-
no *quæcunque veriſimilitudines, & conjecturæ etiam*
leviſſimæ, & judicia, quæ alias non attenderentur.
Ma ne' proprj termini, che baſta la ſola prova *de audi-*
tu, quando la ſervitù è tanto antica, che non vi è
memoria d' uomo in contrario, vi è il teſto nella *l. in*
ſumma 2. §. *Idem Labeo ff. de aqua pluvia arcenda*;
ivi: *Idem Labeo ait, cum quæritur an memoria ex-*
tet ex facto opere, non diem, & conſulem ad liqui-
dum exquirendum: Sed ſufficere ſi quis ſciat factum
eſſe, hoc eſt ſi factum eſſe non ambigitur: Nec utique

neceſſe

neceſſe eſt ſuper eſſe, qui meminerint; verum eſſe qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

Concorrendo dunque nel caſo noſtro, non già la prova della publica voce, e fama, o di preſunzione, e conghietture, ma di vera ſcienza, che da tempi antichiſſimi li Signori d'Aquino goderono dalla loggia inferiore l'aſpetto nel cortile di D. Filippo, ſicome l'han depoſto diecciotto teſtimonj eſaminati ad iſtanza del Tavaſſi, ed anche quelli, che ad iſtanza di D. Filippo ſi ſono eſaminati, e tutti di età decrepita, e concorrendovi ancora la prova più certa, ed indubitata, che ſi ricava dalli veri, ed indubitati ſegni, ſicome è quello dalla pettorata affacciatoja, crediamo non poterſi di vantaggio dubitare della ſervitù attiva allegata dal Dottor Andrea, e per conſeguenza non poſſa D. Filippo fare altri edificj nel ſuo cortile in pregiudizio di queſta ſervitù; *quamvis enim*, ſcriſſe *Graziano* nel *cap.755. n.4. & 5. unicuique liceat in ſuo facere, quod ſibi prodeſt licet aliis noceat, l.2. §. penult. ff. de aqua plu. arc., tamen non habet locum, quando faciendo noceret ſervituti alteri debitæ. Surd. conſ.447. num.23. lib.3. poſt Doctores in l. Donum ff. de Regul. jur., & in l. fluminum ff. de damno infect. Berous conſil.139. num. 24. lib.3. Menoch. de retinend. poſſeſſ. rem.6. num.113.*, ed il Cardinal *de Luca* nel *cit. diſc. 3. num.2. quamvis enim Ludovico dictum opus in ſuo ad propriam utilitatem, ſeu commoditatem principaliter facere volenti aſſiſteret regula non curato acceſſorio, ſeu conſequutivo vicini præjudicio, minuſque contrario longiſſimo ſtatu tanquam in actu facultativo, unde propterea dicebam inani labore ſe torſiſſe ſcribentes incontrarium, qui cum copioſiſſimis allegationibus hujuſmodi hodie vulgares, ac præſup-*

ponen-

ponendas propoſitiones probare curabant : attamen punctus erat in ejus limitatione reſultâte a ſervitute.

Nè di maggior meraviglia è la riſpoſta data dal Tavolario al V. Capo dell'iſtanza preſentata dal Dottor Andrea Tavaſſi nel tempo dell'acceſſo, ed in queſta più che in altro luogo fà conoſcere l'animo fermo, e deliberato, che in favorir D. Filippo hà avuto, imperciocchè avendo eſpoſto il Dottor Andrea nel detto capo, che con l'elevazione del muro, veniva il quarto grande della ſua caſa a privarſi della veduta del Monte Veſuvio, della libera reſpirazione dell'aere, e de' venti ſalutari; in certo luogo della relazione, *fol.* 82, *loc. Sig.*, liberamente afferma, che con detta fabrica ſi privava il Dottor Andrea della veduta del Monte Veſuvio, che attualmente gode, in altro luogo poi *fol.* 83. *àt.*, dice non eſſerli tanto nociva la nuova fabrica, *togliendoſeli ſolo la veduta della ſommità del Monte, e non già l'intiero Monte dalle ſue radice, perchè anche nello ſtato preſente non la gode, e riſpetto al di più ſi viene con qualche parte a minorare il fluſſo de' venti, mà non già il lume.*

Dio immortale! e come mai un' Uomo della fatta di Giovanni Papa Tavolario ben conoſciuto, e di avanzata età, ſi allucina in maniera, che nella formazione di una breve relazione non ſi ricorda di ciò, che pochi periodi prima ha ſcritto! Crediamo certamente, che ciò ſia ſtato un tratto della Divina Providenza, per maggiormente fare andare a galla la giuſtizia del Dottor Andrea, e di farli godere il ſuo ſtabile per delizia, ſicome ſù il penziero del quondam Franceſco ſuo Padre, allorchè lo comprò dalli Signori d'Aquino, e non già per mera ſepoltura de' viventi. Ci baſtarebbe ſol queſto per eſclamare con giuſtizia;

che

che non ſcorgendoſi formata la relazione con quella ſchettezza d'animo, che ſi ricercava, non ſi debba perciò dalla medeſima tenerne il minimo conto; ad ogni modo, perchè gl'altri ſuoi difetti l'abbiam fatti conoſcere con evidenza al confronto di chiare diſpoſizioni di legge, e d' autorità di claſſici Dottori, e con le depoſizioni di tutti i teſtimonj eſaminati, perciò poſte da parte tutte le lagnanze, ſperiamo dimoſtrare, che anche a tenore di ciò, che l'iſteſſo Tavolario non difficulta, non deveſi permettere l'elevazione del muro controvertito.

Egli non può difficoltarſi dunque, che con la nuova fabrica viene à toglierſi al Dottor Andrea Tavaſsi l'unica veduta di proſpetto della ſommità del Monte Veſuvio, & il fluſſo de' venti, e per conſeguenza non può difficultarſi, che per la Coſtitozione dell'Imperator Zenone regiſtrata nella *l. penult.* ſotto il *tit. del Cod. de ædific. privat.* deveſi quella proibire, per non eſſervi trà la ſua caſa, & il muro nuovo, che pretendeſi da D. Filippo fabricare lo ſpazio di cento piedi, e quantunque la citata Coſtituzione parli dell, aſpetto del mare, ad ogni modo *Cujacio nella Novell.* 63. per teſtimonio d'Ermonopolo, dice, che la ſua diſpoſizione ſi eſtende ancora alla veduta del Monte, *qui ædificat*, ſono parole di *Cujacio*, *vicino directam proſpectum maris auferre non poteſt, niſi intermiſſo ſpatio centum pedum, obliquum intermiſſo ſpatio XII. ex Conſtitutione Zenonis Græca de ædific. privat.*, e più ſotto: *idemq; Hermonopulus ex Papiniano lib. III. Quæſtionnum porrigit ad proſpectum montium, ex ſimilibus enim ſimilia decidi oportet.*

Egli è vero, che il *Cardin. de Luca nel diſc. primo de ſervit.*, e *Gizzio nell'oſſerv. alla deciſ.* 50. *del Reggente*

Ca-

Capecelatro, Capone nella diſceptaz. 168. ed altri, ſcriſſero, che lo citata Coſtituzione, che ſi legge di preſente nel *Cod.* ſia un mero ſogno di *Antonio Contio*, à cauſa che prima di lui non ſe n'aveva la minima notizia, ed à ſua richieſta, ſiccome l'atteſta nella *Novella* 63. vedeſi ivi inſerita nell'edizioni Venete *del* 1583. *e* 1591., e quantunque *Giuſtiniano nella l. ultim. del cit. tit. del Cod. de ædific. privat.* eſtenda la ſua diſpoſizione anche nelle Provincie ſoggette all'Impero Romeno, perchè dall'*Imperator Zenone* fù publicata per i ſoli edificii, che ſi facevano nella Città di Coſtantinopoli, tutta volta non ſi può con certezza affermare, che la Coſtituzione dataci dal *Contio* ſia la ſteſſa promulgata da *Zenone*; *nam expugnata Bizantio ex nullo autentico Archivio depromi potuit*, e perciò debbaſi tenere per apogrifa, e dal *Contio* inventata, tanto più che la medeſima mai è ſtata oſſervata; mà è vero altresì, che queſte, e ſimili rifleſſioni ſono ſtate ſempre impugnate, e da graviſſimi Autori ſtimate per inſuſſiſtenti, anzi con maturo eſame contro di quelle, & à prò della Coſtituzione giudicato, ſicome largamente l'atteſta il *Regg. de Roſa nella ſua Prattica Civile cap.* 13. *num.* 27. dove ſcriſſe: *Nos verò pro virili contendimus utrunque authorem, ſcilicet Eminentiſſimum de Luca, & Gyptium, aut aliquem quemquam eorum opinioni ad ſtipulantem à veritate, quam maximè aberrare, eandemque Zenonis Conſtitutionem, ac Juſtiniani Novellas de maris proſpectu loquentes etiam nunc uti veriſſimas leges haberi, ac nuſquam in deſuetudinem abiiſſe.*

Et in fatti vediamo, che prima d'*Antonio Contio* era ben nota queſta Coſtituzione nel ſuo idioma Greco à *Giacomo Cujacio*, il quale nell'eſpoſizioni, che fece delle

le Novelle di Giùſtiniano; che ſecondo la cronologia delle ſue opere fatta da *Lodovico Nubbeo* fù nel 1569. nell'eſpoſizione della *Novella* 63. fà menzione di quella, e la cita nell'idioma Greco, ſiccome dalle ſue parole di ſopra traſcritte, chiaramente ſi vede; per lo che altro non fece il *Contio*, che portarla dal Greco, in Latino. In oltre nel corpo de' *Baſilici nel tit.* 11. §. 2. & 4. *de ædific. privat.* ſecondo il teſtimonio del *cit. Reg. de Roſa*, che ne traſcrive le parole, ſi vede quaſi per intiero inſerita; che però è indifficultabile, che ſi ebbe preſente nella compilazione di queſto corpo di leggi, che fù cominciato da *Baſilio il Macedone* nel 867. ſeguitato ſino à 60. libri da *Leone* il Filoſofo ſuo figlio, corretto, e pubblicato col *tit. de repet. prælect.* nel 910. da Coſtantino Porfirogenito figlio del Leone, tutti e tre impegnati d' abolire affatto la memoria delle leggi di Giuſtiniano, ſiccome dopo *Freero* nella prefazione al *Jus Greco Romano*, ſcriſſe *Gerardo Struvio nella Storia Juris Græci cap.* 4. §. 2. per lo che vedendoſi dallo ſteſſo Giuſtiniano fatta menzione di queſta Coſtituzione, così nella *cit. l. ultima Cod. de ædif. prin.*, e nella *Novell.* 65., *e* 165., e nel corpo di dette leggi ampliato, corretto, e publicato dall'Imperator Coſtantino Porfirogenito, e da *Cujacio* citata nell'idioma Greco, non ſi può mettere in controverſia, che veramente la traſcritta nel *Codice* di Giuſtiniano dal *Contio* nell'idioma latino, ſia la ſteſſa, che la publicata dall' Imperator Zenone.

Che ſia ſtata poi oſſervata anche nell'edificj fatti in queſta Città, e che à tenore della ſua diſpoſizione ſia ſtato più volte determinato, ne porta in prova l'iſteſſo *Regente de Roſa* più deciſioni fatte, e prima di

lui, ed a' ſuoi tempi, dal *S.C.*, e dal Tribunale della *Regia Camera*, così nella cauſa trà Pietro Bruno, e Giacinto Sallo dal *S.C.* fù permeſſo al Sallo di poter fabricare ſino al primo piano delle caſe del Bruno ſite alla Solitaria, à ſolo oggetto di non privar queſto della veduta del mare, che godeva dalle ſue fineſtre, ſicome l'atteſta il *Regente Capecelato nella deciſ.* 50., e nella cauſa trà D. Diego Matta, ed i Padri Gieſuiti di Pizzofalcone, i quali pretendendo, che il Matta doveſſe alzare il muro del ſuo giardino ſino ad otto palmi, acciò non aveſſe l'aſpetto nel diloro giardino, il Tribunale della *Regia Camera* determinò, che il Matta aveſſe elevato il muro palmi otto ſolamente, e queſto per non privarlo della veduta del mare; In oltre nella cauſa trà la Conteſſa D. Elena Veglia con D. Giuſeppe, e D. Franceſco de Martiis, e nella cauſa trà D. Giuſeppe Orilia, con i Padri del Moniſtero di Santa Maria della Salute, così ancora dal *S.C.* fù deciſo, intervenendo in queſte cauſe per agiunto il *cit. Regente de Roſa*, ſicome l'atteſta nel *num.* 48.

Et in fine per non renderci più tedioſi, & abuſarci di vantaggio della bontà de' Signori della G.C. crediamo, che per la privazione de' venti ſalutari, e libera reſpirazione dell'aere, non difficultata dall'iſteſſo Tavolario, ſi augumenta via più la ragione del Dottor Andrea, merceche è comune opinione de' Dottori, che ſe bene poſſa ogn'uno nel proprio ſuolo fabricare, e ſino alle ſtelle elevare l'edificio per la *l. altius* 8. *C. de ſerv.*, *& aqua*, ſi limita però queſta regola quante volte col nuovo edificio *provenire poteſt* al vicino, *inſalubritas aèris ob curentiam ingreſſus, & regreſſus ventorum*, ſicome largamente ſcriſſero *Angiolo nella l. Imperatores ff. de ſervit. urb. præd.*

præd. Honded. nel conſ. 81. *num.* 1. *Sanfelice nella deciſ.* 188. *ſub num.* 3. *Cepolla nel trat. de ſervit. ruſtic. prædior. cap.* 43. *nu.* 7. *Magon. nella deciſ. di Firenza* 6. *num.* 2. *Paolò Zacchia nella queſt. Med. legal. tom.* 2. *cap.* 20. *per tot.*, e molti altri, che per brevità ſi tralaſciano, e tanto maggiormente può aver luogo queſta limitazione nel caſo preſente, conſiderandoſi, che nel tempo, che il quond. Franceſco padre del Dottor Andrea comprò detta caſa dalli Signori d'Aquino, il muro, che di preſente pretendeſi alzare, ed elevare da D. Filippo, era più baſſo à ſolo oggetto di far godere del Sole, e de' venti, l'aria, che ſtava nel cortile, e per conſequenza ſe ambedue queſti ſtabili ſtaſſero ancora nella di loro antica forma, e ſituazione, non potrebbe D. Filippo privar de' venti, e del Sole l'aria già detta, e renderla inutile, per il teſto nella *l.cum talis* 14. §. *cum autem*, *C. de ſervitutibus*; *& aqua*, ivi: *Sancimus, itaque nemini licere ſic ædificare, vel alio modo verſari, ut idoneum ventum, & ſufficientem ad præfatum opus infrigat, & inutilem domino aream, & fructuum in utilitatem faciat*, dove Dioniſio Gotofredo nella parola *inutilem* comprova queſta legge anche col teſtimonio di Cicerone, Lucrezio, e Caſſiodoro..

Reſtringendo dunque le già dette coſe, cioè che il muro per i ſegni manifeſti, che vi ſono, e proprio del Dottor Andrea, che ſe pure è commune diviſorio, non può D. Filippo ſervirſi di tutto, mà della ſola mettà, e quando poi voleſſe D. Filippo contro il parere del Tavolario battezzarlo per commune indiviſo, tanto maggiormente ſi accreſcerebbe la ragione del Dottor Andrea, e che ſe pure non militaſſero que-

queſte ragioni, nè meno deve permetterſi la fabrica à D. Filippo, à cauſa che con l' elevazione di detto muro verrebbe à privare il Dottor Andrea della veduta del Monte, e de' venti ſalutari, e della libera reſpirazione dell' aere; Speriamo che la G. C. della Vicaria tenendo preſente ciò, che ſcriſſe *Graziano nella diſc.* 263. che eſſendo il giudizio de' periti molto fallace, e pericoloſo, dannoſi al Giudice maggior certezza, e giuſta cauſa, deve quello corriggere, anche ſe fuſſe dato da due communemente eletti; voglia deferire alle ſuppliche del Dottor Andrea con confirmare l' inibizione à D. Filippo delli Franci di non fabricare, ed' ordinare la demolizione di quel poco di muro, che vedeſi elevato, anche perche fabricato dopo la notificazione delle proviſioni ſpedite del fù Giudice di Tomaſo.

Cætera, &c.

Nap. 20. Ottobre 1731.

Gennaro d' Amelia.

VA1
1516995